



Dictamen 125/2011

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 7 de junio de 2011, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo (por delegación de la Excma. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 15 de diciembre de 2010, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 291/10), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 2 de septiembre de 2008, x, en representación de x, según acredita con la escritura de poder que acompaña, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, al que atribuye un funcionamiento anormal por haberse detectado en el cuerpo del paciente un catéter abandonado, con ocasión de una intervención practicada en el Hospital Virgen de la Arrixaca cuando tenía 5 años de edad.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

En mayo de 1994, cuando el paciente contaba con 5 años de edad, ingresó en el Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz aquejado de fiebre, vómitos y dolor abdominal, por lo que le fueron practicadas numerosas pruebas, diagnosticándose "pielonefritis aguda y reflujo vesicoureteral bilateral grado II". Fue intervenido el 20 de noviembre de 1994, mediante "ureterocistoneostomía tipo Cohen-Monfort modificada y plastia del tipo Kaplan en el cuello vesical". Se llevó a cabo en el Hospital Virgen de la Arrixaca, firmando el informe clínico de alta el Dr. x, Jefe de Sección de Urología Infantil.

Con molestias diversas y frecuentes, relacionadas con la zona intervenida (sobre todo infecciones de orina y dolores lumbares) transcurrieron varios años, hasta que el 26 de octubre de 2006 tuvo que acudir al Servicio de Urgencias aquejado de fuertes dolores en la zona lumbar, y se le diagnosticó "dolor lumbar". De nuevo tuvo que acudir al día siguiente y se le diagnosticó un cólico nefrítico. El 17 de noviembre siguiente se le realizó una ecografía renal, que evidenció "riñón derecho atrófico (9 cms.) y riñón izquierdo hipertrófico compensador sin lesiones focales, litiasis ni dilatación del sistema excretor". En diciembre de ese año, volvió al Servicio de Urgencias afectado de lumbalgia, y en enero de 2007 por hematuria y lumbalgia. Al persistir los síntomas, el 2 de enero de 2007 se le practicó una ecografía renal, que evidenció lo siguiente: "*riñón derecho atrófico e izquierdo hipertrófico compensador, sin lesiones focales. Litiasis puntiforme en grupo calicial medio de RI*". Después de varios ingresos hospitalarios, el 18 de enero se le realizó una urografía intravenosa incluida que puso de manifiesto un "catéter doble y en R.D. Reimplante ureteral bilateral". Tras varios ingresos hospitalarios, en los que ya se sospecha la presencia del catéter, el 21 de febrero de 2007 se le practicó una Tomografía Axial Computarizada (TAC) de pelvis y abdomen con contraste, cuyo resultado confirmó la presencia de un catéter ureteral derecho, sin extremos en pelvis ni vejiga, con cambios inflamatorios en la pared ureteral peri-catéter. Realizadas las mismas pruebas sin contraste al día siguiente, se confirma el catéter intraureteral en el uréter derecho.

Se le intervino quirúrgicamente sin resultado, sufriendo nuevos ingresos, hasta que el 28 de agosto de 2007 el Dr. x diagnóstica, sin género de duda, la existencia de un catéter ureteral derecho abandonado, y se le prescribió como tratamiento ureterotomía y extracción. El 15 de noviembre de 2007, el paciente fue intervenido en el Hospital Virgen de la Arrixaca de ureterotomía a cielo abierto, con extracción de catéter ureteral, mediante incisión costo-iliaca derecha. Se le dió el alta hospitalaria el 19 de noviembre, y se le revisó el 11 de diciembre, momento en el que definitivamente cesó el sufrimiento pasado.

El reclamante concluye que ha llevado en el interior de su cuerpo durante años un catéter abandonado, presuntamente introducido cuando fue intervenido, apenas siendo un niño (en noviembre de 1994), y que, finalmente, ante las molestias permanentes que le había producido tuvo que ser extraído, aunque previamente le había causado graves lesiones y secuelas, e incluso el riesgo de fallecimiento. Imputa al Servicio Murciano de Salud una inadecuada actuación médica.

En concreto, resume las siguientes conclusiones médico-legales sobre el caso: que se le extrajo un catéter intraureteral derecho en noviembre de 2007, que provocó una reacción inflamatoria intraureteral y atrofia del riñón derecho; que su colocación, sin contactar con la pelvis ni con el riñón, evidenciaba su inutilidad y su origen iatrogénico, es decir, consecuencia de un olvido, después de su colocación en 1994; que su presencia ha provocado algias y hematurias, que comenzaron en octubre de 2006, que han ocasionado ingresos hospitalarios, y una última intervención quirúrgica en noviembre de 2007.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria, concreta los siguientes conceptos:

- Periodo de hospitalización, impeditivo y de curación: el transcurrido desde el 26 de octubre de 2006, hasta la última revisión médica, el 11 de diciembre de 2007. De dicho periodo fueron hospitalarios 30 días, y el resto (359 días) fueron impeditivos.

- Secuelas que le han quedado por los hechos relatados: atrofia renal derecha (valorada en 25 puntos), perjuicio estético ligero (cicatrices), valoradas en 6 puntos. También refiere perjuicios de índole moral por la situación vivida, así como por la pérdida de expectativas y posibilidades laborales.

El importe reclamado de 202.740 euros es desglosado de la siguiente manera:

1. Por treinta días de hospitalización, valorados a 100 euros por día, solicita el importe de 3.000 euros.

2. Por 359 días en los que permaneció sin desarrollar su ocupación habitual, valorados a 60 euros por día, solicita la cantidad de 21.540 euros.

3. Por las secuelas valoradas en total en 31 puntos, solicita la cantidad de 6.200 euros.

4. Por los perjuicios económicos padecidos al estar el reclamante en edad laboral, solicita la cantidad de 6.200 euros.

5. Por la incapacidad laboral permanente derivada de todo el proceso ocurrido, que le impedía desarrollar trabajos de esfuerzo y actividades físicas, solicita el importe de 50.000 euros.

6. Por los perjuicios morales sufridos, al haber estado en riesgo su vida, las posibles infecciones y por el sufrimiento padecido, solicita el importe de 60.000 euros.

Finalmente, propone como medios de prueba los siguientes: la documental aportada con el escrito de reclamación, consistente en la copia de los informes médicos evacuados en todo el proceso seguido, en los que se acreditan los hechos expuestos, y la testifical que en su momento se propondrá.

SEGUNDO.- El 24 de septiembre de 2008, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que fue notificada a las partes interesadas.

Al mismo tiempo, se solicitó al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca copia de la historia clínica del paciente, e informes de los facultativos que le atendieron. La misma documentación se solicitó a la Gerencia del Área de Salud IV, Hospital Comarcal del Noroeste, de Caravaca de la Cruz.

TERCERO.- Desde el Hospital Comarcal del Noroeste se remitió copia de la historia clínica del paciente, así como el informe de los facultativos que le asistieron en el año 2006 (folio 44 a 149).

De dicha documentación destaca el informe del Dr. x del Servicio de Urología del citado Hospital, de 30 de noviembre de 2008, que hace constar lo siguiente después de indicar que el paciente consultó en noviembre de 2006 por dolor lumbar derecho y hematuria: "*Operado de testículo en ascensor derecho a los 4 años de edad. Ureterocistoneostomía en 1994 tipo Cohen Monfort modificada y plástica del tipo Kaplan en cuello vesical, por reflujo vesico-ureteral grado III bilateral*". A continuación, en las exploraciones complementarias describe todas las pruebas que se le practicaron (eco, urografía IV y TAC), y al referirse a las dos últimas destaca la presencia de un catéter ureteral en vía excretora derecha. Por último, en el apartado de su evolución hace constar lo siguiente: "*Con diagnóstico de catéter ureteral en vía excretora dcha. se decide realizar cistoscopia bajo anestesia, e intento de ureteroscopia para extracción de catéter ureteral sin éxito. Se decide derivación a CSVA (Dr. x) para valorar extracción de catéter por vía endoscópica, laparoscopía o cirugía abierta. Finalmente se realizó en el citado Hospital la extracción de catéter a cielo abierto el día 15 de noviembre de 2007*".

CUARTO.- Desde el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca se remite copia de la historia clínica del reclamante, así como el informe de los facultativos que le asistieron (folios 149 bis a 265).

De dicha documentación, resulta de interés los informes evacuados por el Servicio de

Urología en relación con la asistencia al paciente y los informes del alta sobre el estado del paciente, tras la intervención practicada para la extracción del catéter.

1. El primero de ellos es el evacuado por el Dr. x el 16 de octubre de 2008, relativo a la intervención practicada para la extracción del catéter, en el que confirma su presencia en el uréter derecho siendo retirado el 16 de noviembre de 2007, señalando: "*el mencionado catéter no era radioopaco ni mostraba ninguna señal que permitiera su identificación mediante la radiología simple*".

2. El segundo, de 21 de octubre de 2008, fue evacuado por el Dr. x, Jefe de Sección de Uropediatría, quien suscribió el alta médica al paciente en la intervención de reimplantación ureterovesical bilateral (reimplantación antirreflujo) realizada en el año 1994. En dicho informe se refiere a su experiencia en el momento de la intervención al paciente, y a que había utilizado la misma técnica con 700 pacientes. A este respecto especifica: "*en este tipo de intervención NUNCA USAMOS tutores o sondas postoperatorias ureterales, siendo además técnicamente IMPOSIBLE cerrar la apertura vesical con una sonda intraureteral colocada, como sabe cualquiera que tenga experiencia en este tipo de cirugías*". No obstante, manifiesta que la hoja de intervención no se encuentra en el expediente, solicitando que sea incorporada por el órgano instructor, dado que no se puede confirmar quién actuó como primer cirujano, si él o la Dra. x.

Señala que inmediatamente antes de despertar al paciente, le colocaron una sonda retrovesical radiopaca del tipo Foley, posiblemente dada su edad del número 10, que funcionó y permaneció permeable durante todo el periodo postoperatorio hasta el alta. Después de retirarle la sonda vesical fue dado de alta con las instrucciones y el tratamiento que debía seguir. El 29 de noviembre de 1994 fue sometido a la primera revisión postoperatoria en la consulta externa, y la ecografía renoureteral y vesical de control es normal, sin existencias de anomalías. La CUMS (Cistouretrografía Miccional Seriada) realizada fue normal, según el control de 5 de mayo de 1995, sin que haga mención a una sonda abandonada ni en el riñón, ni en los uréteres, ni en la vejiga. Afirma que todas las sondas y tutores empleados en urología infantil desde siempre son radioopacos y ecorefringentes. En el estudio CUMS posoperatorio se puede apreciar claramente la sombra de la sonda de Foley que se empleó para efectuar la exploración de radiología, que fue extraída después.

Concluye que cualquier tipo de sonda o tutor habría sido detectada en las múltiples exploraciones realizadas al paciente (radiografías y ecografías) y que en los últimos 25 años nunca se ha utilizado en el Hospital un catéter doble J, siendo además radioopaco. Realiza finalmente los siguientes comentarios:

- No es muy probable que un catéter abandonado once años en el tractourinario no sea radioopaco, ni ecorefringente, al cabo de uno o dos años de su supuesto abandono.
- Ningún catéter usado en quirófano infantil y en concreto por la Sección de Urología es inaparente a las radiografías o a los estudios ecográficos. Nunca usamos doble J.
- La historia de este paciente puede ser compatible con un coágulo de origen renal calcificado, o una litiasis secundaria a un estado pielonefrítico.
- Es importante examinar las posibles fotos hechas el día de la extracción del supuesto catéter, si estaba calcificado, etc., dado que, como hubiera sido deseable en un caso tan abigarrado como éste, no se envió la pieza al Servicio de Anatomopatología para su valoración.

3. El informe de alta hospitalaria de 19 de noviembre de 2007, tras la intervención quirúrgica a la que se sometió para extraerle el catéter olvidado, indica que el día 16 anterior se realizó ureterotomía a cielo abierto, con extracción de catéter ureteral, mediante incisión costo-iliaca derecha, recogiendo que su evolución clínica fue satisfactoria. De nuevo acude a consulta del Servicio de Urología el 11 de diciembre de 2007, solicitándole una urografía intravenosa para valorar el resultado de la intervención. Finalmente, el 8 de febrero de 2008 se comprueba, mediante la prueba solicitada, la inexistencia de alteraciones en el tracto urinario, por lo que es dado de alta definitivamente (folio 223).

QUINTO.- En relación con la prueba testifical propuesta, el órgano instructor dirige oficio a la parte reclamante el 14 de noviembre de 2008, indicándole que la misma se estimaba pertinente, si bien se le puntualiza que tenía que precisar las personas que propone como testigos, el tipo de relación que tiene con el paciente y los aspectos sobre los que se propone formular las preguntas.

El reclamante presenta escrito de contestación el 3 de diciembre de 2008, en el que señala que, además de la prueba documental ya indicada en el escrito de reclamación, propone la testifical del Dr. x para ser interrogado sobre la intervención quirúrgica practicada al paciente en el año 1994; del Dr. x para ser interrogado sobre el diagnóstico y solicitud de intervención quirúrgica de 15 de enero de 2007, y sobre la practicada en noviembre de ese año; y, por último, el Dr. x, igualmente para ser interrogado sobre el diagnóstico y solicitud de intervención quirúrgica en el año 2007. Por último, se anuncia la aportación de un informe pericial de parte del Dr. x, sobre el objeto de las actuaciones controvertidas.

SEXTO.- Requerido el reclamante para que aporte las preguntas a formular a cada uno de los facultativos para que contesten de forma escrita, puesto que por cuestiones laborales no puede ser practicado de forma presencial, constan las respuestas dadas por aquéllos en los folios 277 y ss.

SÉPTIMO.- El perito de la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, Dr. x, Jefe de Sección del Servicio de Urología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de Madrid y miembro del equipo de transplante renal de dicho Hospital, así como de la asociación de peritos colaboradores con la Administración de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, entre otros aspectos destacados de su *curriculum*, emite informe el 4 de julio de 2009, obteniendo las siguientes conclusiones:

"*1.- Es probable que hubiera un "olvido" del catéter ureteral en la cirugía practicada en la infancia.*

2.- La atrofia del riñón derecho no es achacable al catéter ureteral, por las siguientes razones:

a. Parece ser que ya existía disminución del tamaño renal derecho antes de la cirugía.

b. En la urografía realizada el 18 de enero de 2007 no existía dilatación de la vía urinaria, por lo tanto el catéter ureteral no producía obstrucción ureteral.

3. La atrofia renal derecha fue debida probablemente a la evolución natural de la pielonefritis por reflujo que ya padecía el paciente desde antes de la intervención quirúrgica".

Entre sus consideraciones médicas, interesa también destacar que el hecho de que el catéter no se visualizara en la ecografía renal, ni en la cistoscopia, fue debido a que se le colocó un catéter ureteral de tamaño infantil. Con el crecimiento, los extremos renales y vesicales emigraron al interior del uréter. También afirma el perito que es excepcional que un catéter ureteral olvidado durante 13 años no se haya calcificado, si bien esto y la posible pérdida de la capa radioopaca (descrito un caso en la literatura) pudo dificultar su diagnóstico.

OCTAVO.- Consta que el reclamante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (Procedimiento Ordinario 337/2009), así como el emplazamiento a las partes interesadas.

NOVENO.- Solicitado informe a la Inspección Médica, es evacuado el 28 de mayo de 2010 con las siguientes conclusiones:

" 1- Es posible que el catéter se olvidara en la cirugía antirreflujo a los 5 años, o en cualquiera otra a la que el paciente se hubiera sometido para desobstrucción de la vía urinaria en edad infantil, y que no conste en la Historia Clínica de los Hospitales Universitario Virgen de la Arrixaca y Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca, por haber sido realizada fuera de la sanidad pública.

2. Es extraño que los familiares no fueran conscientes de que a su hijo se le había colocado un catéter en edad infantil. El cual debe removese pasado un tiempo, lo que obliga a acudir a revisiones periódicas para conocer el momento idóneo de su retirada.

3. La atrofia del riñón fue debida probablemente a la pielonefritis crónica sufrida por el paciente antes de la cirugía antirreflujo realizada por el Dr. x donde presentaba según renograma: severa afectación de la función renal. Este daño alegado por los reclamantes no aparece relacionado con la permanencia del catéter en el uréter durante 13 años, ya que en la urografía de fecha 18/01/2007 no existía dilatación de la vía urinaria, por lo que muy probablemente el catéter no producía obstrucción ureteral.

4. Probablemente, en este caso, el paso de la orina en los primeros meses se producía a través del catéter permeable y en los años sucesivos si llegó a obstruirse (se desconoce), a través del espacio entre el catéter y pared ureteral, que al crecer en proporción a la edad del paciente permitía el paso de la orina, impidiendo la obstrucción del flujo o ectasia y el daño renal.

5. En conclusión, ha existido olvido de un catéter infantil en el uréter del paciente x durante varios años, que probablemente no ha producido daños al riñón, fuera de las ya existentes previos a la cirugía antirreflujo, aunque sí le ha producido molestias y la necesidad de una reintervención".

DÉCIMO.- Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, la parte reclamante presenta escrito de alegaciones el 28 de octubre de 2010, en el que expone que ha quedado acreditado en el procedimiento la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, pues hubo una mala *praxis* médica al dejar olvidado un catéter en la intervención practicada al paciente en el año 1994, que le causó molestias durante años, así como secuelas irreversibles, que fueron suficientemente descritas en el escrito inicial de reclamación.

UNDÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 23 de noviembre de 2010, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al no haber sido acreditada la imputación de la lesión producida al funcionamiento del servicio público sanitario.

DUODÉCIMO.- Con fecha 15 de diciembre de 2010 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

1. Legitimación.

El reclamante, al padecer en su persona los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien la intervención fue practicada en el Hospital Virgen de la Arrixaca cuando este centro dependía de la Administración General del Estado, sin embargo, al haberse transferido a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud por Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, con efectividad a partir de 1 de enero de 2002, la Administración regional ostenta tal legitimación, dando por reproducidas las consideraciones del Dictamen núm. 65/02 del Consejo Jurídico.

2. Plazo.

El artículo 142.5 LPAC dispone que "*el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*".

Presentada la reclamación el 2 de septiembre de 2008, según la resolución de admisión (no se visualiza la fecha del registro de entrada), y habiéndose prestado la asistencia sanitaria a la que se imputan los daños el 20 de noviembre de 1994 (fecha en la que se practicó la intervención a la que se atribuye el abandono del catéter) ha de determinarse si aquélla ha sido interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar, sosteniendo la propuesta de resolución que la acción se ha ejercitado dentro de plazo, en atención a la fecha en la que el paciente fue reintervenido para extraerle el catéter olvidado y dado de alta.

Este Órgano Consultivo coincide con la propuesta elevada de que la acción ejercitada lo ha sido en plazo, a la vista de la caracterización de los daños alegados como continuados. Como se indicó en el Dictamen 109/2010, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y continuados (sentencias de la Sala 3^a del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio y 10 de octubre de 2002), según la cual, por daños permanentes deben entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados son aquellos que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, siendo necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del

hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, o como señala la sentencia de la misma Sala y Tribunal de 20 de febrero de 2001, en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el *dies a quo* será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (también las sentencias de 5 de octubre de 2000 y 30 de junio de 2009).

La reclamación fue interpuesta el 2 de septiembre de 2008 antes de que transcurriera un año computado desde la fecha de alta definitiva de la reintervención practicada (el 8 de febrero de 2008, según el Dr. x), constatando la inexistencia de alteraciones en el tracto urinario.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP, lo que casa mal con los principios de eficacia, agilidad y celeridad que han de inspirar la actuación administrativa, como ha reiterado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2008 (páginas 55 y 56).

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permite determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

CUARTA.- Sobre la acreditación de la imputación formulada por el reclamante al funcionamiento del servicio público sanitario. Distribución de la carga de la prueba.

Este Consejo Jurídico ha señalado en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 4/2005) que la determinación del nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño presenta en ocasiones numerosas dificultades probatorias, que exige acudir a los principios de reparto de la carga de la prueba. *Prima facie* compete al reclamante la carga de probar las circunstancias que determinan la existencia de su derecho, pesando sobre el órgano administrativo la carga de probar cuantos elementos determinen la inexistencia de tal derecho. La distribución de la carga de la prueba, conforme a la regla expresada, tiene enorme trascendencia a la hora de valorar los vacíos probatorios que se detecten sobre hechos relevantes para la decisión, si bien habrá de modularse en función de la mayor disponibilidad de medios probatorios al alcance de cada parte, criterio recogido por el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC en lo sucesivo).

Pues bien, tal dificultad se presenta en el presente procedimiento, debido a que transcurren 12 años desde la intervención practicada hasta que el paciente comienza a realizarse pruebas (año 2006), como consecuencia de las molestias que presenta, sin que tampoco figure en el historial la hoja operatoria, según refiere el mismo facultativo que suscribió el alta el 23 de noviembre de 1994 (Dr. x, Jefe de Sección de Uropediatria), lo que no ha permitido confirmar si actuó él como primer cirujano o la Dra. x. Otras actuaciones que no se realizaron, según dicho informante, es la valoración de la pieza, tras su extracción, por el Servicio de Anatomopatología lo que hubiera sido de gran relevancia para el caso, al igual que la toma de fotografías del catéter para determinar si estaba calcificado.

Las dificultades probatorias se reflejan igualmente en la propuesta de resolución, que sustenta la desestimación de la reclamación en la falta de elementos probatorios suficientes, que permitan atribuir el daño sufrido por el paciente a la actuación quirúrgica practicada en el año 1994 en el Hospital Virgen de la Arrixaca, incumbiendo la carga de su prueba al reclamante.

Por tanto, la suficiencia de la prueba para sostener la imputación al Servicio Murciano de Salud se convierte en el núcleo de la cuestión en el presente caso. Por ello, este Consejo Jurídico va a tener en cuenta que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho: los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que ha derogado los artículos 1214 (este artículo se cita en la propuesta de resolución como si estuviera vigente), 1215, 1126 y 1231 a 1253 del Código Civil, adaptados a las peculiaridades del procedimiento administrativo. Entre los medios probatorios (artículo 386 LEC), se encuentra también la técnica de las presunciones para poder establecer,

razonadamente, que el paciente ha contraído la enfermedad con ocasión de la actuación médica. Ahora bien, dicha presunción admite prueba en contrario, de modo que únicamente podrá favorecer a quien reclama en el supuesto de que la Administración no la desvirtúe mediante una actividad probatoria suficiente para demostrar que no ha existido el enlace entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamente la presunción.

I. Resultado de la actividad probatoria tendente a acreditar la imputación.

Ha quedado acreditado en el procedimiento, de acuerdo con la historia clínica, que el reclamante fue intervenido cuando tenía 5 años de edad en el Hospital Virgen de la Arrixaca, tras ser diagnosticado de reflejo vesicorenal estadio III bilateral primitivo (congénito) y pielonefritis aguda secundaria a reflujo vesicorenal. Fue sometido a una reimplantación ureterovesical bilateral, también denominada reimplantación antirreflujo, el 21 de noviembre de 1994 (parte de alta de 23 de noviembre), en la que se colocó, antes de despertar el paciente, una sonda retrovesical del tipo Foley radioopaca probablemente del número 10, dada su edad, que permaneció permeable durante el periodo postoperatorio hasta que fue dado de alta, según expresa el Dr. x. Con posterioridad a dicha intervención, figura otra asistencia del Servicio de Urgencias del Hospital Comarcal Noroeste el 1 de marzo de 1995 por probable infección urinaria (folio 13)

No consta en sus antecedentes personales, que se detallan en las hojas de ingreso o atención hospitalaria del paciente, que fuera sometido a otras intervenciones quirúrgicas anteriores o posteriores, salvo por desgarro testicular izquierdo en julio de 1993 también en la sanidad pública. Desde su nacimiento figuran las asistencias hospitalarias en el sistema público de salud (folios 169 y siguientes) hasta el momento de la intervención. Habría sido deseable que se hubiera completado sus antecedentes con el historial de Atención Primaria, que no ha sido aportado por la Administración, ni consta que haya sido solicitado por la Inspección Médica; tampoco ha sido aportado por el interesado.

También se ha acreditado que, a partir de finales del mes de octubre de 2006, comienza con ciertas molestias, acudiendo al Servicio de Urgencias los días 26 de octubre aquejado de dolor lumbar y al día siguiente por cólico nefrítico, realizándose una ecografía renal el 17 de noviembre que pone de manifiesto "riñón derecho atrófico y riñón izquierdo compensador sin lesiones focales, litiasis ni dilatación del sistema excretor". El 4 de diciembre tuvo que acudir aquejado de lumbalgia, y en enero de 2007 por hematuria y lumbalgia. Tras la realización de una urografía intravenosa se observa un catéter doble J en riñón derecho, confirmándose después en un TAC la persistencia de un catéter ureteral derecho, sin extremos en pelvis ni vejiga.

Por tanto, pese a que el Dr. x ponga en duda el supuesto catéter, porque considera que los que se instalan desde hace muchos años en el Hospital Virgen de la Arrixaca son radioopacos, además de establecer otras posibilidades como un coágulo de origen renal calcificado, o una litiasis secundaria a un estado pielonefrítico, lo cierto es que el mismo Hospital (Servicio de Urología) le extrajo el 16 de noviembre de 2007 el catéter, mediante una ureterotomía derecha, según reconoce el Dr. x (folio 256), quien expresa lo siguiente: "*el mencionado catéter no era radioopaco ni mostraba ninguna señal que permitiera su identificación mediante la radiología simple*". El Dr. x, que figura como primer cirujano en esta reintervención, vuelve a reiterar la extracción del catéter abandonado en las respuestas dadas a las preguntas formuladas por la parte reclamante, y que sólo pudo llegar allí mediante una intervención quirúrgica.

Por tanto, resulta acreditada la intervención en el año 1994 (ninguna otra figura en los antecedentes personales, salvo el desgarro testicular), así como la existencia de un catéter abandonado en el cuerpo del paciente.

Profundizando en las pruebas del nexo causal, resulta que tanto el perito de la compañía aseguradora, como la Inspección Médica, establecen entre sus conclusiones "*como probable el olvido del catéter ureteral en la cirugía practicada en la infancia*".

Reconocida tal posibilidad, interesa entrar a considerar qué argumentos contiene la propuesta elevada para negar la responsabilidad de la Administración regional.

Básicamente, la propuesta elevada fundamenta la desestimación en la falta de prueba de que el catéter fuera olvidado en aquella intervención, porque pudo deberse a cualquier otra a la que fuera sometida el paciente en la edad infantil para la desobstrucción de la vía urinaria y que pudo haberse realizado fuera de la sanidad pública. También en la falta de aportación de un informe pericial anunciado por la parte reclamante y que no ha sido finalmente incorporado al expediente.

Sin embargo, aun reconociendo las dudas suscitadas por el médico que firmó el alta hospitalaria en la intervención practicada en el año 1994 sobre el tipo de catéter que se utilizaba en el Hospital Virgen de la Arrixaca (aunque también reconoce que éste es un caso abigarrado), la propuesta desestimatoria se construye por la Administración sobre una base especulativa, sin que exista la más mínima constancia documental de que fuera intervenido en la edad infantil en otro centro sanitario que no fuera público.

Frente a tal valoración de la propuesta elevada, caben realizar las siguientes observaciones por este Órgano Consultivo:

1^a) Los informes médicos son coincidentes en que el catéter ureteral olvidado es de tamaño infantil, lo que sitúa su colocación en esta etapa temprana. Con anterioridad a la intervención practicada en el año 1994, obra el historial del menor en la sanidad pública desde que nació (folios 169 y ss.), sin que figure entre sus antecedentes ninguna otra intervención realizada en centros privados. Respecto a su colocación posterior a dicha intervención, de una parte no consta que surgieran problemas tras dicha intervención, salvo una asistencia en fecha 1 de marzo de 2005 por probable infección urinaria. En tal sentido, el Dr. x expresa que se le dió el alta el 26 de mayo de 2005, al estar curado el reflujo. De otra, falta la incorporación al expediente de su historia clínica en Atención Primaria correspondiente a los años posteriores a la intervención, sólo achacable a la Administración en base al principio de facilidad probatoria. Tampoco se hace constar por el paciente en los primeros ingresos por las molestias que presentaba (a finales del año 2006), que hubiera sido sometido a otro tipo de intervenciones, cuando aún no conocía la existencia de un catéter abandonado en su cuerpo.

2^a) Frente a la afirmación del Dr. x de que todas las sondas y tutores empleados en urología infantil en el Hospital Virgen de la Arrixaca son radioopacos y que hubiera sido detectado en una de las múltiples exploraciones por radiografías y ecografías que se le hicieron por los distintos especialistas, el perito de la aseguradora afirma que es posible la pérdida de una capa radio-opaca, lo que dificulta el diagnóstico, además de que el hecho de que no se visualizara en la ecografía renal, ni en la cistoscopia, fue debido a que se le colocó un catéter ureteral de tamaño infantil, "*con el crecimiento los extremos renales y vesiculares emigraron al interior del uréter*". Incluso el informe de la Inspección Médica plantea la siguiente hipótesis sobre el paso de la orina: "*probablemente, en este caso, el paso de la orina en los primeros meses se producía a través del catéter permeable y en los años sucesivos, si llegó a obstruirse (se desconoce), a través del espacio entre catéter y pared ureteral, que al crecer en proporción a la edad del paciente permitía el paso de la orina, impidiendo la obstrucción del flujo o ectasia y el daño renal*".

3^a) La Administración ha tenido en su mano acreditar que el catéter no fue colocado en aquella intervención a través del estudio anatomo-patológico, que no se hizo cuando se extrajo la pieza, como se reconoce por la Inspección Médica.

4^a) El hecho de que no se haya aportado por la parte reclamante el informe pericial anunciado no permite excluir la estimación de la responsabilidad patrimonial si se ha acreditado por otros medios el nexo causal, conforme se ha expuesto, sin perjuicio de que su omisión sí sea relevante en cuanto a la valoración del daño, existiendo una insuficiente prueba del reclamante sobre las partidas reclamadas, como se expondrá en la siguiente consideración.

II. Sobre la relación de causalidad y el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración regional.

Los olvidos de instrumental en los cuerpos de los pacientes comportan en sí un daño, que evidencia una defectuosa *praxis* y funcionamiento del servicio sanitario, conforme han puesto de manifiesto distintas sentencias, entre ellas, la de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de septiembre de 2008, de la que se transcribe el siguiente párrafo:

"En el mismo sentido la sentencia de 1 de enero de 2001 mantiene esta línea, expresando que si bien es cierto que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión en las intervenciones quirúrgicas que practique, lo que no admite justificación es que se produzcan olvidos dentro del cuerpo del paciente, cuyas consecuencias jurídicas no pueden ser equiparables a las que resultarían de enfermedades o infecciones imprevisibles que fueran consecuencia ordinaria de las operaciones practicadas".

La misma conclusión de mala *praxis* médica sostiene la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 12 de noviembre de 2010, en el caso del olvido de una gasa en una intervención practicada en un centro concertado.

También otros Órganos Consultivos han tratado asuntos similares al presente, citando entre ellos a los Dictámenes núms. 99/2006 y 650/1998 del Consejo Consultivo de Andalucía.

En suma, conforme a la valoración de la prueba realizada en el apartado anterior, este Consejo Jurídico considera la existencia de indicios suficientes para sustentar la relación de causalidad y reconocer la responsabilidad de la Administración sanitaria, procediendo a analizar la cuantía indemnizatoria reclamada.

QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.

En el aspecto de la valoración del daño y cuantía reclamada no le falta razón al órgano instructor cuando sostiene la insuficiente prueba de la parte reclamante, si bien,

presumiblemente, por el carácter desestimatorio no entra a analizar en cada una de las partidas reclamadas (sólo en relación con parte de las secuelas alegadas), careciendo por ello este Órgano Consultivo de la valiosa valoración del órgano que instruye.

Por su parte, la parte reclamante se ha limitado a relacionar una serie de conceptos y cuantías sin mayor motivación, y sin justificar el grado de afectación de todo el proceso al rendimiento del entonces menor de edad (tenía 17 años cuando comienzan las molestias en el año 2006) y a su actividad durante ese periodo, hasta que fue dado de alta de la reintervención, desconociéndose su situación laboral, cuando la probanza de tales extremos corresponde a la parte reclamante. Tampoco se justifica por qué las cuantías reclamadas son superiores a las establecidas en el sistema de valoración de daños por accidentes de tráfico correspondiente al año reclamado (2006-2007), al que de algún modo se acoge el reclamante a la hora de valorar las secuelas, sin perjuicio de que dicho baremo tenga carácter orientativo, como ha reiterado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 69/04).

Pues bien, respecto a la cuantía reclamada (202.740 euros) se realizan las siguientes observaciones:

1^a) Tomando como referencia el periodo acotado por la parte reclamante desde el 26 de octubre de 2006 (fecha en la que acude al Hospital Comarcal del Noroeste por presentar dolor lumbar) hasta el 11 de diciembre de 2007 (fecha de revisión del alta hospitalaria tras la intervención), no quedan justificados como días impeditivos los 359 días reclamados, por los que se solicita la cantidad de 21.540 euros. Tampoco quedan justificados como días de ingreso hospitalario los 30 reclamados, cuando algunos de ellos (por ejemplo, el día 27 de octubre de 2006) acudió al centro hospitalario a las 8,56 horas y salió a las 10,05 horas.

2^a) Tampoco se ha acreditado que la secuela de atrofia renal derecha por la que se solicitan 62.000 euros, sea debida a la permanencia del catéter, a tenor de los informes de los peritos de la compañía aseguradora y de la Inspección Médica, como se recoge en la propuesta de resolución. No procede indemnización por este concepto.

3^a) Sobre las expectativas y posibilidades laborales perdidas por las que solicita 50.000 euros, nada se acredita en el expediente, cuando ya se reclaman los correspondientes a los días de ingreso hospitalarios e impeditivos para la actividad laboral. No procede indemnización por este concepto.

4ª) En relación con los perjuicios morales que se alegan por el sufrimiento padecido, la cantidad reclamada de 60.000 euros excede en mucho de la fijada para otros casos similares, como la establecida por la sentencia, ya citada, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 12 de noviembre de 2010, en la que se valora el daño moral en 6.000 euros, siendo éste un criterio orientativo a tener en cuenta en la presente reclamación.

En consecuencia, este Consejo Jurídico considera que para la determinación de la cuantía indemnizatoria, a falta de prueba por la parte reclamante, ha de recabarse un informe de la Inspección Médica, que habrá de emitirlo con celeridad, para que determine los días que han de indemnizarse al paciente en concepto de hospitalarios, impeditivos y no impeditivos para su actividad a la luz de la historia clínica, así como sobre las secuelas alegadas (en concepto de cicatrices), pues la correspondiente atrofia renal ha sido refutada ya por dicha Inspección. Respecto al daño moral habrá de tenerse en cuenta el criterio indicado anteriormente.

A la vista del citado informe, habrá de determinarse la cuantía indemnizatoria por el órgano que instruye en trámite contradictorio, sin necesidad de recabar de nuevo el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, al concurrir los requisitos que determinan su existencia.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria habrá de determinarse en la forma establecida en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.